
4. LOS CRITERIOS DE CORRECCIÓN DE MACCORMICK

Ante la postura *ultraracionalista* de Dworkin (*i. e.*, que mediante razonamiento práctico se puede llegar a una única respuesta correcta en cada caso de decisión) y el *irracionalismo* de Ross (*i. e.*, que hablar de justicia –y otros valores– no es más que hablar de emociones y, por tanto, de elementos subjetivos inconmensurables), MacCormick [1994: 265] sostiene que tenemos que preferir una postura *intermedia*.¹¹⁶ Una postura que nos explique que detrás de cada decisión hay juicios evaluativos (intrínsecamente subjetivos) y que la adhesión a ciertos principios en las esferas tanto normativa como evaluativa es parte de nuestra naturaleza racional, cfr. MacCormick [2008b: 45ss].

Somos racionales, dice MacCormick, precisamente porque buscamos justificar nuestras decisiones, porque usamos, por ejemplo, métodos lógicos de deducción

¹¹⁶ Cfr. Michelon [2009a: 60s]. Esta también es la postura *moderada* de Brink [2001] respecto de la *objetividad* en el derecho. Poder justificar, sin que eso signifique descubrir verdades prácticas o morales, es lo que define, según su punto de vista, la racionalidad de la práctica jurídica.

para inferir conclusiones a partir de cierta información, porque identificamos o formulamos expresiones *universales* para dar cuenta de situaciones *particulares*, o porque damos razones de peso para interpretar de cierta manera los términos normativos, etcétera.¹¹⁷ Nuestra racionalidad, advierte MacCormick [1994: 267], no determina una única respuesta correcta en cada caso, aunque sí condiciona o delimita nuestras posibilidades de decisión. Esta delimitación es un producto, desde la perspectiva de MacCormick [1989], de nuestra capacidad para evaluar la *consistencia*, la *coherencia* y las posibles *consecuencias* de nuestra decisión.

Como ya lo vimos, para MacCormick [1994: 270s] estos son los *criterios de corrección* o modos del razonamiento jurídico que muestran la participación indispensable de la *razón* en el gobierno de los asuntos prácticos que ocurren en el contexto institucional. La teoría del razonamiento práctico de MacCormick [2008b: 194s] apela a esta tesis, ya no sólo desde el punto de vista del razonamiento jurídico, sino también desde el punto de vista de los sistemas normativos supranacionales, que tienden a cuestionar la noción de soberanía, cfr. MacCormick [2002]. En este trabajo, sin embargo, no podemos ocuparnos de este tema fundamental en el pensamiento político de MacCormick.

4.1. Particulares y universales

En el capítulo anterior vimos los distintos tipos de argumentación que MacCormick propone para resolver cuestiones jurídicas. Explicamos, primero, el rol que juega el *razonamiento lógico-deductivo* en la justificación de las decisiones jurídicas; y después comentamos que los problemas de *interpretación, clasificación, evaluación y prueba*

¹¹⁷ Al respecto, véase Peczenik [2006].

representan serias limitaciones a este tipo de razonamiento. La argumentación de *segundo orden*, que involucra argumentos de *coherencia*, *consistencia* y *consecuencialista*, es la alternativa de justificación que ocupa MacCormick para resolver esos problemas en términos de *racionalidad* y *universalidad*.

En este último apartado vamos a considerar uno de los problemas fundamentales en la toma de decisión jurídica. La *pretensión de corrección*, como un elemento característicos del *orden normativo institucional*, tiene que ver tanto con las circunstancias particulares del caso (llamémosles *particulares*) como con las reglas, principios y estándares de comportamiento (llamémosles *universales*) que constituyen el sistema jurídico. Tanto los universales como los particulares tienen que ser considerados por el decisor para obtener, por medio de argumentos de primero y segundo orden, una decisión jurídica justificada. Estos dos elementos involucrados en el razonamiento jurídico generan, sin embargo, muchos conflictos, aun en los casos aparentemente fáciles.

Mencionamos en el capítulo anterior que MacCormick [2006: 3] defiende una teoría de la justificación basada en la racionalidad y razonabilidad de las decisiones jurídicas. Una teoría que se enfrente al problema de la *aplicación* de universales a los casos particulares, es decir, al problema de aplicar una regla o un principio para resolver un caso particular de decisión.

Para MacCormick [2006: 20], *justificar* un acto es mostrar que ese acto es correcto; y mostrar que es *correcto* implica cierta objetividad respecto de la obligación (o el deber) de hacer ese acto, lo cual no se puede juzgar sin haber considerado el carácter general del caso y sus circunstancias particulares.¹¹⁸ La apuesta de Mac-

¹¹⁸ Bańkowski [2006: 32], siguiendo a Detmold, enfatiza que sólo los *particulares* nos dan razones para actuar (o para decidir un curso de acción); mientras que los *universales* tratan, más bien, de reducir o eliminar el misterio

Cormick [2006: 4], para defender ese mínimo de objetividad, es por la *universalidad*.¹¹⁹

La universalización no significa otra cosa sino el criterio por el cual se puede aplicar una razón (o una norma, en caso de ser posible una formulación más precisa) a cualquier caso futuro para el que sea, en principio, aplicable. Por supuesto, una razón (o una norma) universal no es por sí misma suficiente para decidir un caso, pueden fácilmente ocurrir problemas de clasificación, de evaluación, de interpretación, de relevancia y de prueba, y entonces estaremos obligados a dar una justificación más allá de la deducción jurídica (o la aplicación estricta de la norma, que es el caso de lo que llamamos antes "justicia formal").¹²⁰

Aceptar que las decisiones para casos particulares pueden usarse como razones (o reglas, o precedentes) para calificar la corrección de casos futuros, en los cuales tendría que emplearse algún argumento de justificación de segundo orden, significa concederle un peso muy fuerte, no sólo al test de universalización, sino también a la corrección jurídica misma. Porque esto implicaría que los casos futuros sean evaluados, al menos hasta donde las circunstancias específicas lo permitan, a partir de estas razones, y no de otras.¹²¹

o lo sorprendente de esos particulares, es decir, ajustar las particularidades del caso al universal. En este sentido parece ir la tesis de Schafer [2006: 205]: es más coherente a la justificación práctica que pretende MacCormick entender el requerimiento de universalización como *particularización de universales* (y entonces dando razones para la acción) y no como *universalización de particulares*.

¹¹⁹ El porqué de la *justificación*, para MacCormick [2006: 17], ya es en sí misma una evidencia de la objetividad del derecho, porque se trata de un requerimiento universal (o universalizable).

¹²⁰ Identificar estos problemas en una situación particular de decisión implica el ejercicio de ciertas capacidades intelectuales y morales (de responsabilidad institucional), porque no es algo que se haga en automático, cfr. Michelon [2006: 120]. Para Bańkowski [2006: 33, 36], *poner atención* a las situaciones específicas requiere de concentración e inteligencia, y no de simple contemplación.

¹²¹ Para Walker [2006: 60s], ésta es precisamente la pretensión de justificación del positivismo jurídico institucional. Si hay *justificación interna* (requerimientos lógicos y constreñimientos institucionales de decisión) y

Estas razones universales tienen fuerza justificativa hasta que se consideran otras razones particulares (aunque susceptibles de universalización) que desplazan o derrotan a esas razones universales. Aceptar una concepción *formalista* de la justicia, como vimos antes, significa darle mayor peso a las razones universales; favorecer, en cambio, una concepción *substantiva*, implica una asignación de peso mayor a las razones particulares.

La postura de MacCormick [2006: 21], al respecto, es muy clara: el punto de partida del razonamiento jurídico justificativo es el reconocimiento de estas razones universales (reglas, principios, precedentes, etcétera), y sólo hasta que ocurren (o son reconocidos) ciertos problemas (*p. ej.*, de interpretación, relevancia o clasificación), es preciso acudir a razones de tipo particular, mediadas por los criterios de corrección, cfr. Bell [2006: 47, 51]. Alegando, con ello, que estas razones particulares valen para todo caso futuro que sea semejante (*i. e.*, son razones universalizables).

4.2. Derrotabilidad jurídica

Hasta aquí, la teoría de MacCormick parece muy fuerte, y de hecho lo es. Salvo ciertas objeciones que se le han planteado, y que nosotros hemos mencionado en los momentos oportunos, sus *criterios de corrección* parecen responder bastante bien a los problemas de justificación de las decisiones jurídicas. En este sentido, su teoría del razonamiento jurídico, íntimamente ligada a su teoría del orden normativo institucional, destaca no sólo a nivel descriptivo (*i. e.*, acerca de cómo razonan las

justificación externa (razones de corrección vinculadas necesariamente con la moralidad), entonces el razonamiento jurídico puede explicarse desde un marco institucional. El test de universalidad implica la consistencia y coherencia, no sólo con respecto a las reglas institucionales (positivadas), sino también con respecto a otros sistemas jurídicos, quizás supranacionales, constituidos institucionalmente.

autoridades institucionales) sino también a nivel normativo (*i. e.*, acerca de cómo deberían razonar).

No obstante esto, y sin otra intención más que la de evaluar el alcance de esta teoría en un escenario muy específico de decisión, vamos a proponer aquí solamente una muy sutil observación. Como es bien sabido, el problema de la *derrotabilidad jurídica*¹²² ha sido planteado de muchas formas, aunque algunas de ellas sólo son reformulaciones o reinterpretaciones del mismo fenómeno. La derrotabilidad, en general, tiene que ver con el incremento de información (*i. e.*, con el aumento de premisas en el razonamiento) y, con ello, con la inaplicación de un término o un enunciado general (*p. ej.*, un concepto o una norma jurídica) previamente aplicado a la situación particular, véase Hage [2003: 223].

Un ejemplo típico de la derrotabilidad es el caso del pingüino. Supongamos que tenemos una fórmula general que nos dice "todas las aves vuelan". Esta fórmula es aplicable para cualquier caso particular de ave; por ejemplo, para un gorrión, un canario, un águila, etcétera. Sin embargo, ¿qué pasaría si tuviéramos en frente de nosotros a un pingüino? Por lo que sabemos acerca de los pingüinos, ellos no vuelan, aunque son aves. Entonces no podríamos usar esta fórmula para señalar una característica de esta ave particular. Tendríamos que decir algo así como que "esta ave no es parte de la fórmula general"; y si no es parte de ella, entonces es una *excepción*. Con lo cual la fórmula general, aparentemente aplicable a todo caso particular, ha fallado, *i. e.*, ha sido *derrotada*, sin que eso signifique que el pingüino haya dejado de ser un ave.

¹²² Este término fue empleado originalmente por Hart [1948] para referirse a los casos de excepción en el derecho. Nosotros usaremos aquí una caracterización *estándar* de este fenómeno normativo, cfr. Van der Torre [1997]. McCormick [2005: 76] es muy consciente de la inevitabilidad de este problema de la derrotabilidad; incluso dice: "todas las declaraciones (*statements*) de hechos institucionales, y todas las declaraciones de normas jurídicas, tienen un cierta cualidad derrotable". Para una discusión más profunda acerca de si este fenómeno normativo es o no una cualidad esencial en el derecho, véase Schauer [2008].

Este es un ejemplo de derrotabilidad precisamente porque muestra cómo, introduciendo cierta información adicional (*i. e.*, que los pingüinos no vuelan), se puede derrotar o anular la aplicación de un enunciado general (*i. e.*, que todas las aves vuelan). En el derecho sucede algo muy parecido.¹²³ Una norma jurídica (regla, principio, precedente, etcétera) puede ser derrotado fácilmente por la introducción de nueva información. Aunque no sólo eso, sino que esa información tiene que estar respaldada por algún argumento de justificación (que muestre por qué esa información adicional cuenta como una excepción).

Necesitamos aquí argumentos de justificación de segundo orden (*i. e.*, de coherencia, de consistencia y de consecuencia) para aceptar, como en el caso del pingüino, que esta excepción es también universalizable. Porque no se trata de que la fórmula general que habla de las aves sea derrotada por un caso súper específico (que no sea capaz de universalizarse), sino que es derrotada por un caso genérico, es decir, por *todos* los pingüinos; del mismo modo en que sería derrotada por *todos* los avestruces o *todos* los emús. Introducir una excepción, entonces, no es apelar a razones particulares sino a razones universales (o universalizables).

Sin embargo, esto supone un problema muy peculiar en la propuesta justificativa de MacCormick. Decidir una cuestión jurídica apartándose de las razones universales requiere de argumentos justificativos de segundo orden. La consideración del conjunto de circunstancias del caso particular, requerida por la pretensión de corrección para decidir con base en el conjunto de universales relevantes, puede llevar al decisor a retractarse de conclusiones jurídicas previas (y dar lugar entonces a la derrotabilidad). Y esta retractación (o anulabilidad), en términos estrictamente

¹²³ Si presuponemos, como parece sensato hacerlo, que nuestro razonamiento acerca de las acciones tiende a incrementarse, entonces lo más confiable es tomar como derrotables a las normas jurídicas. Sin que esto signifique que tienen disminuida su fuerza regulativa. Véase Pollock [1987].

lógicos, supone un problema de inconsistencia. Por lo tanto, podríamos decir que la derrotabilidad jurídica es un obstáculo al requisito de consistencia que demanda MacCormick.

Una regla jurídica puede obligar al decisor, por ejemplo, a imponer una sanción de diez años de prisión a quien cometa un homicidio bajo ciertas circunstancias; sin embargo, aun si todas (o algunas) de esas circunstancias ocurren, nada excluye la posibilidad de que existan otras circunstancias (no previstas por la regla aplicable al caso) que generen duda acerca de si está o no está justificado decidir el caso conforme a esa regla. Tales circunstancias adicionales (que interpretamos como *información adicional*) pueden llevar al decisor a tomar una decisión distinta de la que establece la regla. Si esto ocurre, y en opinión de MacCormick se genera otra regla (más específica, aunque igualmente universal), entonces diríamos que la primera regla fue derrotada por la segunda.

Esas circunstancias adicionales son tomadas como razones a favor de una decisión que es contraria o por lo menos incompatible con la decisión que se sigue de una regla presuntamente aplicable.¹²⁴ Estas circunstancias adicionales, que cuentan en conjunción como *excepción a la norma*, obligan al decisor a retractarse de conclusiones válidas, mandatadas por la regla presuntamente aplicable.

Justificar la inaplicación de la regla no es un problema para MacCormick, en tanto que él acepta que hay ocasiones donde apartarse de una regla es lo correcto. Para eso sirven precisamente los argumentos justificativos de segundo orden. No obstante, nuestro alegato es más técnico en este aspecto. Diremos que la derrota-

¹²⁴ Al respecto, véase Sartor [1993] y Royakkers y Dignum [1993] y MacCormick [1995].

bilidad (en su versión *implícita*) supone la violación del criterio de *consistencia* tal y como es usado por MacCormick. Nosotros queremos defender, entonces, que la consistencia de la que habla MacCormick debe entenderse desde una perspectiva de *razonamiento derrotable*,¹²⁵ y no desde el clásico *razonamiento lógico-deductivo*.

4.2.1. Derrotabilidad jurídica explícita e implícita

MacCormick [2005: 240s.] distingue entre *derrotabilidad implícita* y *derrotabilidad explícita* de reglas jurídicas. La primera tiene que ver con el hecho de que las circunstancias excepcionales no están consideradas (o reconocidas) previamente por la autoridad legislativa, sino que son apenas conocidas cuando ocurren en un caso particular y obligan al decisor a considerarlas *in novo*. Por el contrario, cuando las circunstancias excepcionales ya son reconocidas por la autoridad legislativa (y están ya enunciadas en otra regla, o en los estatutos o precedentes), entonces los casos en que la regla es derrotada no son en absoluto novedosos.

Pensemos en el siguiente caso. Una regla jurídica R prevé como consecuencia jurídica de un homicidio la imposición de diez años de prisión; mientras que una regla R^* reconoce *explícitamente* que el homicidio en defensa propia es una excepción a la conducta considerada en R . En un caso particular, donde alguien comete homicidio en defensa propia, R^* derrotará a R ; y lo hará explícitamente. El juzgador tendrá que identificar ambas reglas, interpretarlas bajo las condiciones particulares del caso, y si decide que este homicidio está regulado por R^* y no sólo por R , la decisión que tome estará predeterminada por una relación de preferencia entre R^* y R .¹²⁶

¹²⁵ Por ejemplo, Reiter [1980], Pollok [1987] y Nute [2003].

¹²⁶ MacCormick [2005: 239-247] añade a los casos de derrotabilidad jurídica un elemento *pragmático*. Él considera que las circunstancias excepcionales, ya sea que estén o no reconocidas explícitamente en otras reglas

En el siguiente caso, en cambio, hay una excepción *implícita*. Supongamos que alguien cometió homicidio, y no lo hizo en defensa propia sino para salvarle la vida a su hija, que era amenazada por la víctima. Ante tales circunstancias es necesario echar a andar un razonamiento jurídico mucho más complejo. El decisor tiene que considerar las reglas jurídicas que castigan el homicidio, los principios jurídicos que permiten a los ciudadanos protegerse de daños en su persona y en la de otros, que les impiden hacerse justicia por propia mano, etcétera. Si al final de todo este razonamiento el decisor argumenta convincentemente que la regla jurídica R es inaplicable debido a que *el homicida* tiene un derecho de ejercer violencia sobre la víctima para evitar un daño sobre su hija, entonces la aplicación de R será desplazada por una regla R^{**} , que no está prevista en el sistema jurídico, aunque sí está validada por algún argumento justificativo de segundo orden. Esta regla R^{**} , que se genera como consecuencia de un procedimiento de justificación jurídica (y que es, por eso mismo, universalizable), servirá para decidir éste y otros casos futuros.

Este tipo de derrotabilidad delata que *siempre y sin excepción* todos los universales son susceptibles de ser derrotados. Esto se debe a que es imposible para los seres humanos predecir todas las circunstancias excepcionales que podrían derrotar una norma jurídica.¹²⁷ Lo cual para nada implica que todas las circunstancias excepcionales estén libres de justificación; al contrario, para considerar que algo es

o algún otro material jurídico, tienen que ser alegadas por las partes en litigio. En su opinión, los casos de derrotabilidad (aunque tal vez no todos) ocurren cuando una de las partes hace un reclamo (o una afirmación) y la otra impone un alegato (*i. e.*, alega alguna excepción); por supuesto, todavía puede ser que la otra parte oponga algún contra-alegato, y así sucesivamente, hasta donde lo permita el procedimiento judicial. Este elemento pragmático (o dialéctico) no tiene, en nuestra opinión, ninguna participación esencial en los casos de derrotabilidad. La derrotabilidad jurídica puede plantearse incluso teóricamente, sin que haya necesidad de que se lleve el asunto ante un tribunal. Además, las partes podrían o no reconocer que tienen un alegato a su favor. El interés filosófico que tenemos en este problema no está condicionado, pues, a esas posibilidades de reconocimiento que tengan las partes en una situación de conflicto particular.

¹²⁷ R podría contener una descripción de todas las circunstancias excepcionales conocidas (*p. ej.*, $c1$, $c2$, $c3$, ..., cN) y aun así cabría la posibilidad de que ocurra cN' y haga entonces a R inaplicable. No hay, por más que se intente, una formulación tan exacta y específica (que sea todavía *universal*) que pueda contener todas y cada una de sus excepciones posibles. Esto es precisamente lo que quiere decir MacCormick [2005: 241, 244] cuando

una circunstancia excepcional (ya sea implícita o explícita) se requiere de argumentos justificativos.

4.2.2. Inconsistencia y razonamiento derrotable

Como bien lo dice MacCormick [2005: 243]: "este punto de vista de la derrotabilidad conecta con una perspectiva relacionada con un problema omnipresente que tiene que ver con la formulación o articulación del derecho. El problema está en un aspecto tal de límites a la exactitud o exhaustividad en las declaraciones de derecho, y en otro aspecto tal de la confiabilidad con la cual uno puede deducir inferencias a partir de las declaraciones expresas en las cuales el derecho está formulado", cfr. Baker [1977: 31s].

Esta carencia de exactitud o exhaustividad, que se expresa en el uso de términos generales (*p. ej.*, homicidio, culpa, contrato o responsabilidad), que permanecen abiertos a nuevas interpretaciones, nos impide, hasta cierto punto, deducir consecuencias jurídicas simplemente introduciendo la información que tenemos del caso. Ese *punto* que permite la justificación lógica de primer orden es lo que podemos llamar "presunción de aplicabilidad".

Presuntivamente, diría MacCormick [2005: 245], las disposiciones jurídicas son aplicables a un caso concreto. Esto quiere decir que, por ejemplo, un contrato es jurídicamente válido, y sujeto entonces a ciertas disposiciones jurídicas, hasta que no se pruebe la ocurrencia de circunstancias anómalas que generen alguna excepción a esa disposición. Lo mismo sucede con las reglas jurídicas. Cuando se

afirma que las reglas jurídicas (y otros materiales normativos) contienen tan sólo condiciones *ordinariamente necesarias y presuntivamente suficientes*.

intenta la aplicación de alguna regla para resolver un caso particular se *presume* que es aplicable, hasta que saltan excepciones y se pone en duda si la justificación de una decisión está determinada por esa regla jurídica. La presunción de aplicabilidad es una característica *default*, igual que la presunción de validez para los hechos institucionales, que está sujeta a la ausencia de esas circunstancias excepcionales.

El juez que tiene que decidir lo que se *debe* en una situación concreta, toma como *aplicables* ciertas normas jurídicas (*p. ej.*, reglas de competencia, reglas procedimentales, reglas que constituyen obligaciones, etcétera), e intenta resolver esa situación a partir de su contenido normativo. Esta aplicabilidad cuenta como un *supuesto* (o lo que nosotros podríamos llamar, en un lenguaje más técnico, una presunción de *normalidad* o *default*) en el razonamiento jurídico.

Que el juez tome como *default* a la regla jurídica *R* y la considere entonces aplicable a un caso concreto, no lo compromete todavía a que *R* sea, una vez consideradas todas las circunstancias relevantes y llevado a cabo todos los argumentos justificativos necesarios, la regla definitivamente aplicable. Si asumiéramos una perspectiva de lógica clásica, tendríamos que rechazar esta posibilidad, porque una vez tomada en cuenta *R* como aplicable al caso, ninguna información adicional podría invalidar su aplicación. La conclusión a la que se llegue en el razonamiento jurídico a partir de *R* tendría que mantenerse a pesar de todo.¹²⁸ Incluso si nuestros argumentos justificativos mostraran que *R* no es aplicable.¹²⁹

¹²⁸ Pensemos, por ejemplo, en el siguiente argumento: "Si Sócrates es hombre y todos los hombres son mortales, entonces Sócrates es mortal". Si añadiéramos a este argumento la premisa "Sócrates está casado", la conclusión, "Sócrates es mortal" no deja de ser derivable. ¿Qué pasaría, en cambio, si añadimos "Sócrates no es mortal"? La respuesta varía, dependiendo del sistema lógico que usemos. Desde un sistema clásico, que incorpora el principio del refuerzo del antecedente, seguiría derivándose "Sócrates es mortal", dando lugar, por tanto, a una inconsistencia interna.

¹²⁹ Como bien lo dice Brožek [2003: 71], "cuando uno acepta la teoría de las reglas y los principios [como ya vimos que es el caso de MacCormick], la derrotabilidad ha de ser vista como una propiedad esencial de las reglas

Desde esta perspectiva clásica, R sería aplicable (por *default*) e inaplicable (después de nuestros argumentos justificativos). De lo cual se seguiría, entonces, una inconsistencia lógica en relación con la aplicación de una regla jurídica.¹³⁰ Y esto es precisamente lo que parece no aceptar la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick.

Para algunos autores por ejemplo Prakken [2007: 59], sólo mediante lógicas derrotables podemos evaluar la consistencia del razonamiento jurídico,¹³¹ es decir, una lógica que tome en cuenta toda la información disponible en cada paso de la derivación, y que permite además anular las conclusiones previamente justificadas una vez que introducimos cierta información adicional (*i. e.*, circunstancias excepcionales).

jurídicas". Una regla general, como dijimos acerca de las aves, no puede contener todas sus posibles excepciones, y menos aún si hay normas jurídicas mucho más generales (como los principios) que pueden introducir excepciones a su determinación normativa. Aunque se discute mucho si puede haber excepciones a principios, hay varias sugerencias a favor, por ejemplo, Hage y Peczenik [2000: 308s].

¹³⁰ Podríamos decir, como Bayón [2002], que esto no es el caso. Que, más bien, N nunca fue aplicable, y entonces nunca fue inconsistente con su inaplicación; y, por tanto, nunca tuvo lugar el fenómeno de la derrotabilidad. Esta opinión puede sostenerse, desde luego, a costa de rechazar lo que nosotros hemos denominado "default"; es decir, bajo la condición de eliminar los supuestos de normalidad en el razonamiento jurídico. Porque es precisamente cuando suponemos que una acción (*o. ej.*, que x asesinó a y) es incorrecta por lo que la consideramos, al menos *prima facie*, como un delito, que hay una regla jurídica que dispone alguna consecuencia normativa, que debe además respetarse esa regla porque de eso depende que los demás actuemos de cierta forma (*i. e.*, que preservemos ciertas expectativas de comportamiento), que garanticemos, en fin, la aceptación de obedecer las normas jurídicas. Rechazar tajantemente este supuesto de normalidad, implicaría que para cada situación particular tengamos que esperar hasta que una autoridad realice su función institucional (de decisión y justificación) para saber las consecuencias que se siguen de ciertos comportamientos. Y esto, aunque no parece tan difícil de aceptar, sí parece ir en contra de nuestras intuiciones prácticas como participantes de la práctica jurídica. Cuando sabemos que alguien asesinó a una persona, casi inmediatamente pensamos que cometió un homicidio y que, probablemente, vaya a prisión por ello. Este razonamiento default, que para nada condiciona al razonamiento jurídico institucional, es un respaldo a nuestras expectativas mutuas y, por tanto, a la aceptación interna de la práctica jurídica.

¹³¹ Una lógica clásica es un sistema cuya relación de consecuencia lógica satisface la siguiente propiedad: "si $\Gamma \vdash \varphi$ y $\Gamma \subseteq \Delta$, entonces $\Delta \vdash \varphi$ ". Una lógica es no-clásica si carece de esta propiedad. En términos más simples, esto significa que, bajo un esquema de deducción clásico, si una conclusión se deriva de un conjunto de premisas, entonces esa misma conclusión se sigue derivando de ese conjunto de premisas, aun cuando se añada nueva información. En un esquema no clásico, esa misma conclusión podría ya no derivarse de ese conjunto de premisas precisamente por esa información adicional. Cfr. Pollock [1987: 484].

Mediante un razonamiento derrotable, la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick podría expresar los casos de anulación de conclusiones previas (*p. ej.*, que la conducta *C* a la luz de *R* es *D*) para favorecer, a través de argumentos justificativos de segundo orden, que la conclusión *correcta* se sigue de otra norma, o de una interpretación distinta de esa norma (*i. e.*, que *C* a la luz de *R'* no es *D*).

Nuestra opinión al respecto, es la siguiente. El criterio de *consistencia* que usa MacCormick (*i. e.*, ausencia de contradicciones) requiere de una forma de razonamiento que exprese adecuadamente la relación entre cierta información disponible y las conclusiones a las que se puede llegar a partir de ella, sin que eso implique necesariamente que la introducción de nueva información no sea capaz de anular esas conclusiones. El juez que comienza su razonamiento jurídico presuponiendo que ciertas normas son aplicables al caso, tiene que ser capaz de retractarse de sus conclusiones una vez que ha justificado que alguna información no considerada previamente es una excepción a esas normas, sin que esto signifique que ha llegado a una contradicción y, por lo tanto, a una inconsistencia.¹³²

El decisor puede considerar inconsistencias *internas*, es decir, dentro del argumento jurídico, sin que esto entrañe inconsistencias en la conclusión. En otros términos, aunque tengamos ante un caso particular una regla presuntamente aplicable y, después, una regla justificadamente aplicable, que llevan a conclusiones

¹³² Aceptar inconsistencias internas (*i. e.*, dentro del argumento jurídico) nos permite dar cuenta de genuinos dilemas normativos (*p. ej.*, si una norma establece que "es obligatorio declarar las percepciones superiores a diez mil pesos mensuales", y otra norma, que puede ser el resultado de algún razonamiento justificativo, establece que "si alguien es miembro de una asociación civil, entonces no es obligatorio declarar sus percepciones", ¿qué pasa entonces si alguien percibe más de diez mil pesos mensuales y, adicionalmente, es miembro de una asociación civil? Aunque hay posturas que rechazan tajantemente la existencia de genuinos dilemas normativos, aquí vamos dejar la discusión abierta.

diferentes (*i. e.*, inconsistencia interna), desde una perspectiva de razonamiento derrotable, no se sigue ni que tengamos que aceptar una conclusión contradictoria ni que tengamos que rechazar que para ese caso existe una regla presuntamente aplicable (*i. e.*, información previa) contra la cual hay que argumentar. El criterio de *consistencia* que parece defender MacCormick es mejor caracterizado, entonces, desde una perspectiva derrotable.

4.3. Excepciones y justificación

Aunque MacCormick [2005: 252] sostiene que la idea de la derrotabilidad no tiene que ver con las reglas o los derechos ni con los estatutos o los precedentes, sino con una formulación o una interpretación particular de ellas, las *formulaciones* o *interpretaciones* son derrotadas cuando se alegan excepciones jurídicamente justificadas, cfr. MacCormick [2005: 253]. Estas excepciones, desde luego, tienen un carácter particular; es decir, son peculiaridades del caso en cuestión. Y precisamente por eso representan un reto a la idea de universalidad que desea mantener. En su opinión, las reglas, precedentes, estatutos y disposiciones jurídicas mantienen su carácter universal en la medida que expresan condiciones generales y poseen respaldo institucional. Los particulares que derrotan sus formulaciones son generadoras también de universales; *i. e.*, la decisión que toma el juez de inaplicar una norma jurídica (sobre la base de algún argumento justificativo) es un juicio universal, que permite juzgar casos futuros de la misma manera. En este sentido, los universales derrotables, como concluye MacCormick [2005: 253], también son universales.

La propiedad argumentativa de la práctica jurídica es la garantía, y una muy razonable, de que las decisiones jurídicas no son decisiones discrecionales. Cuando un juez decide qué circunstancia o conjunto de circunstancias representan una

excepción a la norma (o a la disposición jurídica), no lo hace con base en sus criterios privados o en consideraciones exclusivamente subjetivas; por el contrario, tiene que justificar, con base en los criterios de corrección (*i. e.*, en argumentos de coherencia, de consistencia y de consecuencia), que esas circunstancias son restricciones al alcance normativo de la norma jurídica.

CONCLUSIONES

La teoría institucionalista del derecho de Neil MacCormick recupera, en primer lugar, el proyecto positivista del convencionalismo jurídico de Hart, e integra, al mismo tiempo, las tesis fundamentales del institucionalismo social y del razonamiento práctico con el propósito de dar cuenta del problema de la justificación jurídica. Una de las características más notables de esta teoría institucional del derecho es que reconoce valores de moralidad no sólo en la constitución de la práctica jurídica sino también en su funcionamiento.

A través de la idea de actos institucionales de Searle y la noción de acción institucional de Weinberger, MacCormick explica la existencia y finalidad de los elementos normativos que operan en el sistema jurídico. Estos elementos explican, desde el aspecto ontológico, la realidad institucional de la práctica jurídica. Por otra parte, con ayuda de las teorías del razonamiento moral de Hume, Smith y Kant, y del razonamiento jurídico de Alexy, Summers y Dworkin, MacCormick propone una teoría del razonamiento práctico institucional que cumple con el objetivo de brindar criterios de corrección para la toma de decisiones jurídicas. Desde esta perspectiva de valores morales y fines prácticos del derecho, la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick sostiene la tesis de que la exigencia de justificación de las decisiones jurídicas se cumple mediante dos niveles distintos de argumentación. El primero

es el de la justificación lógica; y el segundo, el de la justificación práctica, que comprende, a su vez, argumentos de consistencia, coherencia y consecuencia.

i. Las fuentes del institucionalismo jurídico

Aunque MacCormick acepta de la propuesta convencionalista de Hart que las razones utilitaristas de cooperación y convivencia pacífica son la fundamentación racional de la participación en la práctica jurídica, descreo que sean suficientes para explicar el carácter argumentativo y, desde luego, justificativo de las funciones institucionales de toma de decisión jurídica. La teoría del derecho de Hart, aunque parece exitosa en cuanto a la fundamentación estrictamente convencional de la práctica jurídica, y de su distinción con otros órdenes normativos (como la religión y la moralidad), no parece dar cuenta ni del reconocimiento de principios jurídicos ni de los métodos de justificación jurídica (que se oponen a la tesis de la discrecionalidad judicial, vagamente defendida por Hart).

Por otra parte, esta teoría convencionalista, aunque deficiente en relación con el problema de la justificación jurídica, es muy atinada en cuanto a descifrar la propiedad normativa del derecho. Algo es obligatorio, diría Hart, si es aceptado desde el punto de vista interno de los participantes. Lo cual se puede explicar y reconocer tanto en los comportamientos (*p. ej.*, cuando alguien firma un contrato o paga sus impuestos) como en ciertas emisiones de habla (*p. ej.*, cuando alguien acepta contraer matrimonio o cuando declara su inocencia ante una corte).

Realizar exitosamente este tipo de acciones cooperativas o actos de habla depende de la existencia de ciertas reglas, a las que Searle llama reglas institucionales. Estas reglas definen y regulan las instituciones, y a través de ellas se interpretan

estos hechos, dándoles entonces un carácter de hechos institucionales. Un conjunto de reglas institucionales dan lugar, finalmente, a un contexto institucional, con base en el cual las acciones de los participantes serán interpretadas y evaluadas. Sin este contexto institucional, esas acciones, que presuponen una intencionalidad tanto individual como colectiva, apenas podrían considerarse actos racionales, es decir, actos orientados a fines u objetivos prácticos.

Para la teoría de la acción de Weinberger, lo que justifica una práctica social institucional, por ejemplo, el ajedrez, el lenguaje o el derecho, es la obtención o realización de ciertos fines hacia los cuales está dirigida alguna determinada intencionalidad. La práctica social será racional en tanto sirva para obtener o realizar esos fines para los cuales se ha institucionalizado. Tomando en conjunto estos fines y la intencionalidad de los agentes, la práctica institucional puede ser calificada como racional o irracional, y cada una de las acciones (y decisiones) particulares pueden ser evaluadas como correctas o incorrectas.

Las reglas institucionales que imponen obligaciones están justificadas en la medida que restringen las opciones de los participantes de llevar a cabo acciones que impidan la realización de esos fines institucionalmente reconocidos. Cuando alguien atenta contra estas obligaciones, decimos que está llevando a cabo un comportamiento incorrecto. Ese juicio de incorrección, por supuesto, no puede sino ser emitido desde un cierto contexto institucional. Este contexto opera, según la propuesta institucionalista de Weinberger, como un marco general para la acción; es decir, como un marco para la creación, interpretación y regulación de ciertos comportamientos. Las reglas institucionales, desde la perspectiva de Weinberger y MacCormick, no sólo crean obligaciones sino que también establecen posibilidades de acción (*p. ej.*, constituir una empresa o adquirir derechos de propiedad o terminar obligaciones contractuales).

El marco normativo institucional, según lo defiende MacCormick, constituye y regula estas obligaciones y posibilidades de acción únicamente si preserva un requisito mínimo de consistencia lógica y coherencia normativa. Esto significa que las reglas institucionales no pueden regular de forma contradictoria o mutuamente inconsistente las mismas acciones. De hacerlo, fallaría en su pretensión de racionalidad. En este sentido, si alguna de las reglas fuera incoherente o no estuviera en armonía con respecto a las demás reglas que integran el contexto normativo y los fines que le constituyen, entonces la realización de la acción regulada carecería de razonabilidad.

Decidir si las acciones son incorrectas o no, o si hay inconsistencia o incoherencia dentro del marco institucional, es algo que las autoridades institucionales llevan a cabo mediante algún razonamiento práctico institucionalizado. Para ello deben ocupar formas de argumentación que les permita construir y evaluar sus decisiones. MacCormick, al respecto, propone una teoría del razonamiento jurídico que asume una perspectiva interna de la práctica jurídica. Esta teoría pertenece, y al mismo tiempo da forma, a una teoría del derecho que interpreta a la práctica jurídica como un orden normativo institucional, y no sólo como un marco general para la acción.

ii. El orden normativo institucional

El orden normativo institucional está constituido y regulado por tres tipos distintos de reglas institucionales: las constitutivas, las de consecuencia y las terminativas. Ellas constituyen instituciones y reglas de obligaciones y facultades, establecen las consecuencias o efectos jurídicos que tendrán ciertos actos o hechos institucionales, y establecen los medios para conseguir que esos actos o hechos institucionales dejen de tener efectos jurídicos.

Desde la perspectiva del usuario de normas, estas reglas en conjunto establecen o permiten alcanzar fines y valores sociales. El participante acepta comportarse de acuerdo a ellas porque entiende las obligaciones que le imponen, y porque desea el estado de cosas que se produce con su cumplimiento. El derecho, entonces, tiene que ser entendible y deseable para todos (o al menos la mayoría de) los participantes. Donde no hay razones suficientes para preservar un estado de cosas tal en el que predomine la cooperación entre los participantes, no hay entonces un orden normativo. Esto explica por qué los requisitos mínimos de racionalidad y razonabilidad son indispensables para constituir y preservar un cierto contexto normativo.

MacCormick sostiene que un orden normativo institucional no se crea espontáneamente, sino que tiene una base histórica más o menos evidente. En el caso del derecho, podríamos pensar en las primeras asociaciones humanas que pretendían un cierto orden, que tenían necesidades comunes y que buscaban la realización de ciertos fines; y cuando en ellas se llegaron a establecer ciertas costumbres (*p. ej.*, que los ancianos resolvieran las disputas), se fueron identificando recursos normativos cada vez más específicos, hasta dar lugar a roles y procedimientos que permitieran llevar a cabo esas funciones convencionales. El derecho nace, entonces, de esa necesidad de convivencia y cooperación, y de esta búsqueda por una regulación cada vez más efectiva.

Las sociedades más civilizadas logran, mediante el lenguaje oral o escrito, formular reglas de comportamiento, comunicar objetivos y determinar valores prácticos. Así crean el derecho, en sentido técnico e institucionalizado, y dan lugar entonces a formas heterónomas de regular la vida de cada uno de los miembros de la comunidad.

Estas reglas de comportamiento, sin embargo, están debilitadas por un problema de significado. El lenguaje natural (u ordinario) en el que se expresan, no puede precisar inequívocamente una clase de comportamiento sin dejar abierto a discusión si algún hecho o instancia particular es o no parte de esa clasificación. Este problema de indeterminación no se debe sólo al lenguaje, sino también a nuestras capacidades humanas de previsión. Estas capacidades no son tales que nos permitan prever todos y cada uno de los hechos particulares que contarán o no como instancias de esa formulación universal. La consecuencia de esto es que siempre puede haber excepciones a la regla.

Las autoridades institucionales tienen que interpretar el significado de esas reglas, y para ello requieren de métodos de interpretación. Una teoría del derecho tiene que complementarse entonces con una teoría de la interpretación jurídica, que permita a las autoridades identificar los elementos que justifiquen sus decisiones interpretativas. Desde este punto de vista, esta demanda de justificación representa lo que Alexy llama pretensión de corrección, es decir, una exigencia o requerimiento práctico, incorporado en los sistemas jurídicos contemporáneos, que permite a los participantes reconocer, discutir y asegurar las mejores razones para tomar una decisión.

iii. El razonamiento jurídico y los criterios de corrección

Para MacCormick, la teoría del razonamiento jurídico que se necesita para interpretar las formulaciones normativas y tomar, entonces, decisiones justificadas, exige no sólo el reconocimiento de reglas institucionales sino también de principios jurídicos y valores morales. Dado que la práctica jurídica está constituida históricamente sobre la base de ciertos objetivos y necesidades comunes, su institucionalización

requiere que se tomen en cuenta esas exigencias mínimas de racionalidad y razonabilidad en el nivel justificativo. La incorrección de las acciones se juzga no sólo por autoridades institucionales, sino por agentes autónomos que aceptan comportarse de cierto modo (porque entienden sus obligaciones y desean alguna finalidad socialmente respaldada; por ejemplo, la convivencia pacífica y la búsqueda de bienestar).

La teoría del razonamiento jurídico de MacCormick reconoce dos niveles de justificación jurídica. El primero, de justificación lógica; y el segundo, de coherencia, de consistencia y de consecuencia. Para cada uno de estos niveles valen reglas y formas específicas de argumentación; sin embargo, todas deben pasar un test común de evaluación: la objetividad en términos de universalidad; es decir, que cualquier decisión coherente, consistente y aceptable a partir de sus consecuencias sea susceptible de aplicarse a cualquier otro caso futuro.

De acuerdo con la tesis del caso especial, ya enunciada por Alexy, el razonamiento jurídico, lo mismo que el razonamiento moral, son parte del razonamiento práctico; y aunque en principio, el razonamiento jurídico es suficiente para resolver algunas situaciones de conflicto (por medio de métodos estrictamente lógicos), antes hace falta que las reglas jurídicas, es decir, reglas que establecen obligaciones, responsabilidades y otras consecuencias normativas, estén fuera de controversia. Cuando ocurren problemas de interpretación (sobre el significado de los términos generales usados en las disposiciones jurídicas), de clasificación (sobre los hechos que cuentan como instancia de esos términos), de calificación (sobre las cualidades que deben tener esos hechos para ser calificados de acuerdo a los términos evaluativos usados en las disposiciones jurídicas), de relevancia (sobre qué disposición jurídica aplicar) o de prueba (sobre qué hechos o referencias históricas pueden

hacer verdadera una proposición declarativa), el razonamiento jurídico puramente lógico (o silogístico) es insuficiente.

Cuando se dan estos problemas, en la decisión que toma la autoridad hay inevitablemente alguna consideración sobre los principios y valores que integran la práctica jurídica. El juez tiene que apelar en estos casos a un razonamiento de segundo orden, es decir, a los argumentos de consistencia (que no haya contradicciones entre las reglas y la decisión que se va a tomar), de coherencia (que la decisión esté conforme con el conjunto de reglas institucionales y, además, permita la realización de los objetivos que persigue la práctica jurídica), y de consecuencia (que la decisión favorezca en la mayor medida posible la realización de algún objetivo considerado, en un caso determinado, el más valioso).

El proceso de reconocimiento de los principios jurídicos no es deductivo sino, por decirlo de alguna manera, ponderativo. Ponderar principios, de acuerdo con las instrucciones de Alexy, significa determinar o establecer preferencias, para cada caso en específico, entre los principios que colisionan. Esta determinación, por supuesto, no está exenta de subjetividad ni de evaluaciones particulares (ya sean creencias, opiniones o sentimientos) acerca de la importancia que tiene cada principio. Sin embargo, MacCormick justifica, mediante un elemento retórico de convencimiento, que esta decisión parcialmente subjetiva es racional y, entonces, aceptable. Según su teoría, podemos usar la metáfora del auditorio imparcial de Smith para juzgar si esa determinación es o no admisible como elemento de la justificación jurídica. Y aunque este auditorio es apenas una ficción, vale como un criterio ideal que representa el nivel mínimo de objetividad que debe satisfacer una decisión jurídica.

El escenario que se necesita para tomar una decisión particular, bajo este enfoque discursivo, tiene que satisfacer las condiciones mínimas de la deliberación práctica racional. Según estas condiciones, se satisface la pretensión de corrección sólo si podemos ofrecer buenas razones para que los participantes en un contexto institucional acepten su determinación normativa, y esto requiere de una participación libre e igualitaria entre los agentes discursivos.

iv. La derrotabilidad jurídica y el criterio de consistencia

Por supuesto, garantizar esta deliberación racional, en cualquier caso de conflicto, puede provocar que cualesquiera razones de justificación se enfrenten fácilmente a situaciones de excepción. Este problema da lugar a la llamada derrotabilidad jurídica, que tiene que ver con anular conclusiones previamente justificadas debido al incremento de información que hace inaplicable una regla jurídica para resolver una situación específica, para la cual es presuntamente aplicable.

Aunque la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick reconoce tanto la debilidad normativa que tienen las reglas jurídicas (*i. e.*, que están sujetas irremediablemente a excepciones) como la fuerza justificativa que tienen los argumentos de segundo orden (*i. e.*, que pueden dar lugar a una interpretación o una elección de preferencia que derrote una regla presuntamente aplicable para un caso particular), su criterio de consistencia parece no dar lugar a excepciones y, por ende, rechaza el problema de la derrotabilidad.

La tesis particular que se defiende en este trabajo tiene que ver precisamente con la noción de consistencia que parece sostener MacCormick. En nuestra opinión, el criterio de consistencia tiene que ser definido a la luz de una teoría del razonamien-

to derrotable y no del razonamiento lógico-deductivo. Desde el razonamiento lógico-deductivo no podemos introducir excepciones ni tampoco retractarnos de conclusiones previas. En cambio, desde el razonamiento derrotable, podemos decir que hay inconsistencias internas (*i. e.*, que hay alguna regla presuntamente aplicable y, al mismo tiempo, hay razones de peso para apartarnos de ella), sin que esto dé lugar a contradicciones o inconsistencias entre las premisas y la conclusión.

Negar la posibilidad de inconsistencias internas supone negar la posibilidad, o bien, de realizar juicios previos, o bien, de aceptar excepciones. Algo que sería imperdonable para la teoría de MacCormick. Según su teoría, la función judicial presume la aplicación de ciertas reglas (lo cual denomina justicia formal), y a partir de ellas se puede justificar una decisión jurídica, a menos de que se den buenas razones a favor de rechazar esa aplicación y aceptar entonces una interpretación o una elección diferente (lo cual llama justicia substantiva). Es aquí donde importa la función correctora de los argumentos justificativos de segundo orden. A la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick le conviene reconocer esta posibilidad de retractación (sin calificarla de inconsistente), considerándose a sí misma una teoría del razonamiento derrotable y no una teoría del razonamiento lógico-deductivo.

La promesa detrás de esta tesis es menos enigmática de lo que parece a simple vista. La teoría del razonamiento jurídico de MacCormick gozaría de un mayor grado de coherencia si sus nociones de justificación lógica (de primer orden) y de consistencia estuvieran respaldadas por una teoría del razonamiento lógico derrotable, en lugar de una teoría del razonamiento lógico-deductivo. De lo primero ya se han ocupado algunos autores; en cambio, de lo segundo, han sido muy pocos los que han advertido la importancia de cambiar el enfoque. Seguramente, el mismo MacCormick estaría renuente a aceptar que en sus dos niveles de justificación jurídica

estuviera imbricada alguna noción de lógica no clásica; sin embargo, en este trabajo se ha intentado probar que los cambios de perspectiva son fundamentales para el desarrollo de una teoría no sólo aceptable, sino también resistente. Para la mayoría de los autores que hemos citado en el último capítulo de este trabajo, la fuerza justificativa de los argumentos de primero y segundo nivel tendrían mayor eficacia, es decir, serían más ampliamente aceptados, si no tuvieran detrás de sí un compromiso tan fuerte como el que exige la lógica clásica. Aunque desarrollar esta tesis, aún más amplia que la expuesta en este trabajo, rebasa los propósitos de esta investigación, me parece un proyecto digno de llevarse a cabo. En este sentido, con esta tesis pretendo dar un paso hacia adelante en la búsqueda de una interpretación más sólida de los criterios de corrección de Neil MacCormick.

REFERENCIAS

- Alexy, Robert, 2003, "On Balancing and Subsumtion. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 4, pp. 433-449.
- _____, 2010, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Manuel Atienza e Isabel Espejo (trad.), Palestra Editores.
- Anscombe, Elizabeth, 1958, "On Brute Facts", *Analysis*, Vol. 18, No. 3, Oxford University Press, pp. 69-72.
- Ansuategui, Francisco, 1996, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación)*, Departamento de derecho público y filosofía del derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson.
- Atria, Fernando, 1998, "Constitutive and Regulative Institutions. On John Searle's General Theory of Institutional Facts", inédito, ponencia presentada en el congreso *Applied Ontology: A Marvin Farber Conference on Law and Institutions*